

V. 13 N. 3  
SET-DEZ 2017  
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 21.07.2017  
Aprovado: 11.10.2017  
DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201741>

1 Goethe-Universität  
Frankfurt – Alemanha



# O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade\*

THE NATURALISTIC CHALLENGE OF A CRIMINAL LAW BASED ON CULPABILITY

Klaus Günther<sup>1</sup>

## Tradução

GÜNTHER, KLAUS: DIE NATURALISTISCHE HERAUSFORDERUNG DES SCHULDSTRAFRECHTS. IN: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT AM MAIN (ORG.). *JENSEITS DES RECHTSSTAATLICHEN STRAFRECHTS*. FRANKFURT AM MAIN: PETER LANG VERLAG, 2008. P. 71-97.

TRADUÇÃO DO ALEMÃO: YURI CORRÊA DA LUZ  
REVISÃO TÉCNICA: MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

- \* Versão corrigida e ligeiramente ampliada do artigo publicado sob o título “Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff”, na revista *Kritische Justiz*, v. 2, p. 116-132, 2006. Publicado originalmente como: Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT AM MAIN (ORG.). *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2008. p. 71-97.

## I. RELAÇÕES DIGNAS DE NOTA

A atual transformação do direito penal em um direito de segurança\* pós-preventivo vem sendo acompanhada de um intenso debate sobre o princípio da culpabilidade. Este debate, no entanto, aparece como sendo desencadeado por outros fatores, pois o conceito jurídico-penal de culpabilidade é também objeto das atuais discussões sobre as possíveis implicações das mais recentes descobertas no campo da neurociência. Neste âmbito, proeminentes cientistas alemães como Wolf Singer, Gerhard Roth e Hans Markowitsch, partindo de uma visão fortemente determinista, vêm se posicionando contra o conceito de culpabilidade e contra qualquer pena sobre ele fundada, sustentando que, sendo nossas decisões e ações absolutamente predeterminadas por processos neurológicos, não restaria espaço para o livre-arbítrio; e não sendo livre nossa vontade, então ninguém poderia ser responsabilizado pela ocorrência de um delito (ao menos não no sentido usual, segundo o qual um autor disporia da capacidade plena de agir de forma diversa, de não cometer um crime). Com base nestas considerações, esses autores vêm postulando a abolição do juízo penal de culpabilidade, bem como a substituição das penas nele fundadas por medidas de segurança, ou, quando for cientificamente viável, por intervenções e terapias neuromédicas. Neste contexto, Wolf Singer chega até mesmo a sugerir a utilização de uma nova terminologia para o direito penal, de modo que façamos apenas um uso *formal* da palavra “responsabilidade”, sem que nos esqueçamos, contudo, de que, na verdade, estaríamos aqui tratando da ideia de “periculosidade”.<sup>1</sup>

Quando a liberdade humana é questionada de maneira tão fundamental, nós acabamos abrindo mão não apenas do conceito de culpabilidade e da pena, mas também do próprio direito como um todo. Isso pode ser demonstrado até mesmo pelos mais simples dos casos. Imaginemos, por exemplo, uma situação em que não apenas o delinquente é incapaz de evitar seu comportamento, como também o é o juiz ou a juíza que sobre ele deveria opinar. Tomado nestes termos, um julgamento não seria fruto de uma decisão livre (ainda que atrelada aos limites ditados pela lei) e, conseqüentemente, passível de responsabilização; pelo contrário, derivaria de um complexo de processos causais, que não poderiam ser imputados ao julgador. Este exemplo mostra claramente que, diante de qualquer discussão sobre o livre-arbítrio enquanto requisito necessário ou dispensável de cada ramo ou instituto jurídico, o que está em jogo é uma premissa fundamental: o direito pressupõe que os destinatários da

...

\* N.T.: O termo “*Sicherheitsrecht*” é de difícil tradução, pois não possui equivalente adequado em língua portuguesa. Em linhas gerais, trata-se de um conjunto de normas cujo objetivo central é garantir e maximizar a segurança dos cidadãos. Traduzimos por “direito de segurança”, e não por “direito da segurança”, em vista de evidenciar este ponto.

<sup>1</sup> SINGER, Wolf. Grenzen der Intuition: Determinismus oder Freiheit. In: KIESOW, Rainer Maria; OGORREK, Regina; SIMITIS, Spiros (Orgs.). *Summa*. Festschrift für Dieter Simon zum 70 Geburtstag. Frankfurt am Main: 2005. p. 529 ss.

norma possam se controlar e se governar de tal modo que, ao agirem conforme a regra, o façam movidos por suas próprias reflexões e decisões. Dito brevemente: uma das principais características constitutivas do direito consiste no reconhecimento da liberdade de cada pessoa para se determinar conforme ou desconforme as normas. Se não houvesse tal premissa, seria necessário vigiar e controlar sem descanso ou falha o comportamento de todos os indivíduos – mediante um amplo mecanismo de controle, de programas de condicionamento e de técnicas de manipulação. Levando em conta todo esse pano de fundo, é de admirar que o debate sobre as implicações das atuais pesquisas neurocientíficas para a liberdade humana esteja restrito a reflexões feitas no campo do direito penal. Mais ainda, admira-se que esse debate não trate da tendência, há tempos em curso, de transformação política do direito penal em um direito de Segurança. Nas páginas seguintes, analisarei criticamente o desafio naturalístico enfrentado por um direito penal fundado na ideia de culpabilidade, para, em seguida, adentrar nas relações pouco notadas que esse desafio mantém com a atual transformação sofrida pelo direito penal.

## II. A CULPABILIDADE PENAL COMO ATRIBUIÇÃO PASSÍVEL DE REFUTAÇÃO

Quando colocados diante dos desafios postos pela neurociência, os penalistas acabam não reagindo de maneira uniforme. Isso porque o conceito jurídico de culpabilidade é, em si, altamente controverso, especialmente no que se refere à questão da presença ou ausência do livre-arbítrio. Essa falta de consenso reflete-se no constante desenvolvimento de novas teorias – ora afirmando o livre-arbítrio, ora negando-o, ora mantendo sobre ele uma posição agnóstica, sempre no intuito de extrair daí possíveis consequências para o direito penal.<sup>2</sup> Tais esforços teóricos, contudo, perdem força diante da constatação de que em nenhuma

...

- 2 Recentemente, ver: STRENG, Franz. Herausforderung des strafrechtlichen Schuldbegriffs durch die Hirnforschung? In: KOATSALIS, Leonidas (Org.). *Willensfreiheit*. Determinismus – Indeterminismus. Athen, 2005. p. 61 ss; também MERKEL, Reinhard. Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld: Versuch eines Beitrags zur Ordnung einer verworrenen Debatte. In: *Gerechtigkeitswissenschaft – Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstags von Lothar Philipps*, 2005. p. 411 ss; JAKOBS, Günther. Individuum und Person Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005. p. 247 ss; HILLENKAMP, Thomas. Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung. *Juristenzeitung*, v. 60, 2005. p. 313 ss. BURKHARDT, Björn. Was ist es, ein Mensch zu sein?. In: ARNOLD, Jörg (Org.). *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstags*. München 2005. p. 77 ss; LÜDERSEN, Klaus. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?. In: GEYER, Christian (Org.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt am Main, 2004. p. 98 ss; SCHIEMANN, Anja. Kann es einen freien Willen geben? Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das Strafrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 2056 ss, 2004. Para os posicionamentos da doutrina e dos tratados, ver ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. München, 2006, v. 1, § 19, nota de rodapé 43 [há tradução para o espanhol: ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997]; também

ordem jurídica do mundo é possível encontrar uma definição positiva e juridicamente vinculante de culpabilidade. Em lugar nenhum encontramos uma frase como “há culpabilidade do autor quando...”. É verdade que a culpabilidade penal, quando tomada em sentido amplo, pressupõe, entre outras coisas, a intencionalidade do agente – em regra definida positivamente pelas noções de dolo ou de culpa.\* No entanto, mesmo se assumirmos este ponto, não estamos aqui diante de uma definição conclusiva, imune a qualquer objeção ou exceção que a ponha em xeque. Assim, do mesmo modo como ocorre com a persistente controvérsia em torno da distinção entre dolo eventual e culpa consciente no direito penal alemão (correspondentes às noções de *recklessness* e *negligence* do *common law*), também aqui acaba ganhando prioridade a delimitação negativa de um conceito frente aos casos que o excepcionam. Esse tipo de delimitação aplica-se com muita propriedade à determinação dos elementos que compõem o núcleo originário do conceito de culpabilidade, vale dizer, das circunstâncias que influenciam a própria formação da vontade individualmente reprovável. Mais especificamente: tal forma de delimitação pode ser claramente observada no plano do conceito jurídico-penal de culpabilidade *em sentido estrito*. Neste âmbito, o que encontramos não são senão definições negativas: um autor age culpavelmente\*\* quando determinadas circunstâncias excepcionantes *não* estão presentes. No direito penal alemão, estas circunstâncias seriam, sobretudo: a incapacidade – causada por falta de maturidade (idade inferior a 14 anos) ou por enfermidade – de compreender a ilicitude do ato praticado ou de agir conforme um correto discernimento a esse respeito (cf. §§ 19 e 20 do Código

...

SCHILD, Wolfgang. In: \_\_\_\_\_. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. ed. Baden-Baden, 2005, § 20, notas 7- 8.

- \* N.T.: Em alemão, os termos utilizados neste trecho são “*Vorsatz*” e “*Fahrlässigkeit*”. No direito brasileiro, tais termos são traduzidos, respectivamente, como “dolo” e “culpa”, daí resultando que, dependendo do tipo de intenção do autor, os crimes podem ser classificados em dolosos e culposos (cf. art. 18 do Código Penal brasileiro). É importante perceber, contudo, que o termo “culpa”, aqui, não se relaciona com as ideias de “culpa” e de “culpabilidade”, referidas em todas as demais passagens do texto pelo termo alemão “*Schuld*”. Este refere-se à possibilidade de imputar individualmente uma pessoa por seu comportamento, possibilidade esta que se vê desafiada quando consideramos as implicações extraídas das novas pesquisas no campo da neurociência. Já o conceito de “culpa” relacionado à noção de “*Fahrlässigkeit*” refere-se à intenção do agente que se comporta com imprudência, imperícia ou negligência. Portanto, em português, o mesmo vocábulo pode fazer referência a duas ideias muito distintas, cada qual dotada, em alemão, de um termo próprio.
- \*\* N.T.: O termo “*Schuldhaft*” foi aqui traduzido como “culpavelmente”, e não como “culposamente”, de modo a evitar que a sentença em questão seja relacionada ao agir a título de culpa (derivado de imprudência, imperícia ou negligência), oposto ao agir a título de dolo – cf. explicação da nota de rodapé anterior. No presente caso, trata-se, portanto, do comportamento que, já analisado nos âmbitos da tipicidade objetiva e da tipicidade subjetiva, bem como no da antijuridicidade, é então verificado no plano da culpabilidade.

Penal Alemão – “StGB”); a falta de consciência de ilicitude, provocada por um erro inevitável (o chamado “erro de proibição”, cf. § 17 do StGB); a presença, no momento do fato, de determinadas circunstâncias que tornam inexigível um comportamento em observância ao direito, ou que ao menos tornam compreensível a lesão de determinado bem-jurídico (caso, respectivamente, do chamado “estado de necessidade exculpante” e do excesso na chamada “legítima defesa” – cf. §§ 35 e 33 do StGB); por fim, a genérica inexigibilidade de conduta diversa (vista, por exemplo, em casos de colisão de deveres no âmbito dos crimes omissivos). Estas normas, que definem as circunstâncias que excluem a culpabilidade, não constituem um rol taxativo, tampouco gozam de uma validade transcendental em qualquer lugar ou tempo. Pelo contrário, elas variam consideravelmente, tanto do ponto de vista cultural quanto do histórico. Assim, o estado de necessidade exculpante é visto por algumas ordens jurídicas (como a da *common law* norte-americana) apenas como causa de diminuição de pena (mantendo intacta, portanto, a imputação de culpabilidade), e o marco definidor da maioria penal oscila sensivelmente até mesmo entre os países da Europa ocidental.

A vantagem de se utilizarem essas definições negativas consiste no fato de que, através delas, o legislador não precisa se vincular a um determinado conceito de culpabilidade, o que lhe evita ter de acatar uma resposta possivelmente problemática à questão do livre-arbítrio. Ao lado dessa razão de ordem pragmática, porém, parece existir ainda uma mais profunda: na medida em que a ausência de uma causa excludente de culpabilidade ou de uma causa de exculpação implica diretamente – e sem necessidade de qualquer fundamento extra – a aceitação de que o autor agiu culpavelmente, torna-se claro que, em direito penal, todo delinquente é tomado por culpável, a não ser que um déficit interno ou externo aponte na direção contrária. No processo penal, o acusado é tido sem mais como culpado, a não ser que circunstâncias específicas tornem questionável tal suposição. Assim, a técnica utilizada pelo legislador (e também pelo precedente no *common law*) consiste em recorrer a um modelo de “regra e exceção”, que leva a prática jurídico-penal a operar com base em um processo de presunção passível de questionamento ou de refutação: a culpabilidade penal é aquilo que, em certo sentido, “sobra” quando nenhuma das exceções legais acima mencionadas estão presentes. Neste sentido é que Herbert L. A. Hart definiu a responsabilização no direito a partir do conceito de *atribuição passível de refutação* (*anfechtbare Zuschreibung*).<sup>3</sup>

...

3 HART, Herbert. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, p. 171 ss, 1948-1949. Posteriormente, Hart voltou atrás em sua formulação, motivado pelas críticas que se voltaram contra o uso atribuído de seu conceito de ação; cf. HART, Herbert L. A. *Punishment and responsibility*. 2. ed. Oxford, 1988. P. V. Para críticas a este posicionamento, ver: PITCHER, George. *Handlung und Verantwortung bei Hart*. In: MEGGLE, Georg (Org.). *Analytische Handlungstheorie. Bd. 1*. Frankfurt am Main, 1977. p. 225 ss e GEACH, Peter. *Der Askriptivismus*. In: MEGGLE, Georg (Org.), op. cit., p. 239 ss. Para consequências jurídico-penais da tese de Hart, ver KUHLEN, Lothar. *Die Objektivität von Rechtsnormen*. Frankfurt am Main, 1978. p. 91-107.



Um agente é culpável sempre que não puder refutar, com base em circunstâncias excepcionais, a responsabilidade que *prima facie* lhe foi atribuída. Desta forma, e assim afirma o discurso leigo, a formação da vontade que levou o autor ao crime torna-se individualmente reprovável e, portanto, torna-se possível culpá-lo por seu ato.<sup>4</sup>

### III. A CULPABILIDADE PENAL COMO PRESUNÇÃO DE NORMALIDADE

Quais são as consequências deste simples diagnóstico para o conceito jurídico-penal de culpabilidade? O direito penal e o sistema de justiça criminal operam com uma espécie de presunção de normalidade, que pode ser refutada recorrendo-se a circunstâncias excepcionantes. A regra consiste naquilo que encontramos regularmente na população em determinado período, isto é, naquilo que é tido como “normal”. Aquele que não sofre de um dos déficits já mencionados ou não se encontra em uma situação extremamente difícil no momento do ato é tomado como capaz de observar o direito e de evitar a lesão a um bem-jurídico. Se a maioria dos destinatários das normas jurídicas pode agir conforme o direito sob circunstâncias normais, então também o pode o indivíduo. A maioria, assim, eleva suas capacidades médias à condição de padrão geral com base no qual os delinquentes são individualmente avaliados.<sup>5</sup> Isto se aplica tanto às capacidades cognitivas e volitivas gerais de uma pessoa quanto à diferença entre os conflitos que não são mais aceitáveis e os com os quais ainda se pode lidar, sem que se violem bens-jurídicos de outrem. Se o acusado corresponde ao padrão geral, então ele é culpável; se não corresponde, então não há culpabilidade nem legitimidade para puni-lo.

Nós nos comportamos dessa forma também no dia a dia. Se alguém pisa em nossos pés, tomamos espontaneamente a pessoa por responsável e reprovamos seu comportamento. Somente quando temos dúvida perguntamos se essa pessoa teve alguma razão para ter agido dessa forma, ou mesmo se alguma condição excepcional nos levaria a não mais reprová-la. Isso significa, contudo, que em regra tomamos a pessoa em questão como responsável por seus atos. Apenas quando ela reage com um pedido de desculpas, quando percebemos que ela apenas tropeçou e, até mesmo, quando percebemos por seu comportamento que ela sofre de algum distúrbio psíquico grave, é que nós mudamos nossa orientação – “ela não o fez por querer, ela não o pôde evitar”. Nestes casos, haveria uma série de condições que, ao menos por um momento, afetariam fortemente a competência média esperada de alguém

...

<sup>4</sup> TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. Kommentar. 52. ed. München, 2005. § 53, nota 28.

<sup>5</sup> STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafgesetzbuch Allgemeiner Teil I*. 5. ed. Köln, 2004. § 10, nota 4.

que deve ser capaz de controlar racionalmente seus próprios movimentos corporais. Essa forma quase natural de atribuição social de responsabilidade, da qual nos afastamos apenas em casos excepcionais justificados, rege também o direito penal: “[...] se a culpabilidade penal não requer nenhum fundamento específico, isso é porque a responsabilidade de uma pessoa por seus atos é autoevidente — a não ser que incidam, sobre o caso, determinadas exceções”.<sup>6</sup>

#### IV. O QUE SIGNIFICA A PRESUNÇÃO DE NORMALIDADE?

Se essa prática parece funcionar bem nas interações sociais do dia a dia, a certeza dessa rotina cotidiana se perde diante de casos difíceis, que exigem um distanciamento momentâneo e alguns questionamentos fundamentais. Algumas perguntas, então, ficam em aberto, principalmente sobre se e como a presunção generalizada de normalidade pode ser justificada e, especialmente, sobre se, a partir dela, devem ser extraídas conclusões a favor ou conclusões contra um conceito de culpabilidade fundado no livre-arbítrio.

Como já mencionado, um breve olhar sobre a lista de exceções à imputação *prima facie* de responsabilidade mostra que, aqui, não se trata de um conjunto taxativo, que compreenderia todos os elementos cuja ausência implica uma atribuição de culpabilidade. A confirmar isso estão tanto a heterogeneidade das condições excepcionantes quanto a variabilidade histórica e cultural dessa lista. Levando esses elementos em conta, não parece ser possível extrair dessas condições um conteúdo positivo para a presunção de normalidade com a qual operamos a atribuição cotidiana de responsabilidade. Parece, portanto, que nós sabemos intuitivamente quando a normalidade *não* deve ser atribuída (por exemplo, na presença de uma enfermidade psíquica), mas que, no entanto, nós não conhecemos todas as condições necessárias e suficientes para a presunção de normalidade em si.

Para além disso, permanece em aberto a questão sobre se a imputação de normalidade baseia-se em uma *regularidade* estatística, em uma *regra* normativa, ou em *ambas*. A favor da tese de que se trata de uma imputação baseada em uma regularidade estatística, menciona-se o fato de que, em condições políticas e sociais normais (isto é, em que não haja extrema desigualdade social, graves conflitos sociais, massiva repressão política combinada com criminalidade estatal etc.), a maior parte da população geralmente comporta-se conforme o direito. É verdade que as pesquisas criminológicas sobre as chamadas “cifras negras” nos ensinam que o número de violações à ordem jurídica é bem maior do que aquele concebido pelas estatísticas criminais produzidas pela administração da justiça. No entanto, é pouco discutível o fato de que ao menos as normas jurídicas elementares parecem, no geral, ser seguidas. Neste plano, é pouco convincente o argumento de que isso acontece, predominantemente,

...

<sup>6</sup> Idem, § 7, nota 28.

não por livre e espontânea vontade das pessoas, mas sim por conta de uma conformação externa e simultânea de comportamentos que, internamente aos atores, apontam em sentidos divergentes; afinal, este só seria o caso se estivéssemos diante de um terrorismo aberto ou de um total controle preventivo estatal, de um forte condicionamento ou de um amplo processo disciplinador da psique dos destinatários das normas. Não sendo este o caso, o conceito de culpabilidade penal funda-se, portanto, sobre o fato de que a maioria dos destinatários das normas dispõe de uma medida mínima de autocontrole e capacidade de compreensão, de modo a que a presunção de normalidade, até aqui, parece legitimar-se apenas com base em elementos empíricos.

Não obstante isso, essa presunção de normalidade possui também um sentido normativo, ao menos sob dois aspectos:

(1) Por um lado, considerar determinada capacidade média como base para imputação de culpabilidade jurídico-penal é, por si só, uma decisão normativamente fundada. Isso fica claro já quando o legislador tem de decidir sob quais condições estamos diante de um caso de inimputabilidade penal\* (cf. § 20, StGB), isto é, onde deve se estabelecer a fronteira que separa o normal do anormal. Já em um primeiro filtro da análise da culpabilidade, no qual se verificam as condições biológicas da inimputabilidade (os chamados componentes biológico-psicológicos),<sup>7</sup> o que conta não é apenas o atual estado do conhecimento médico-científico sobre doenças ou distúrbios físicos e psíquicos – capazes de intervir a ponto de nos permitir seguir à análise em um segundo filtro, no qual perguntamos sobre a real capacidade de compreensão e de controle de que dispunha o autor no momento da infração. Na realidade, o conhecimento médico-científico esbarra em uma política criminal normativamente orientada, que decide, com base em seus próprios critérios, que paradigma médico de doenças e distúrbios deve ser incorporado ao âmbito de verificação da imputabilidade. Isso ficou exemplarmente claro nos debates da comissão parlamentar de Reforma de 1975,\*\* nos quais se discutia se o acima referido primeiro filtro do § 20 deveria ser desenhado como

...

\* N.T.: O termo usado no original é *Schuldunfähigkeit*, traduzível literalmente como “incapacidade de culpabilidade”. Optamos pelo termo “inimputabilidade”, posto que, no debate brasileiro, este é o conceito usado para se referir aos casos em que, por déficits biológicos ou psíquicos, uma pessoa não é vista como alguém cujo comportamento pode ser tido como culpável e, portanto, penalmente imputável. Tal é a equivalência destes dois termos que o art. 26 do Código Penal brasileiro, ao tratar dos chamados “inimputáveis”, corresponde, em linhas gerais, àquilo que o Código Penal alemão, em seus §§ 19 e 20, define como casos de “incapacidade de culpabilidade”.

<sup>7</sup> LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25. ed. Munique: C.H. Beck, 2004. § 20 Rn. 1 e seguintes.

\*\* N.T.: O autor faz, aqui, referência à grande Reforma do Código Penal alemão, conduzida durante as décadas de 1950, 1960 e 1970. Em 1953 e 1954, o Ministro da Justiça Thomas Dehler, seguido por seu sucessor



“um gargalo estreito ou um largo portão de entrada”. Se o portão de entrada para o primeiro filtro fosse desenhado com grande amplitude, afirmavam alguns especialistas, surgiria então o perigo de “rompimento da represa” – isto é, precisaríamos tomar *mais* autores por inimputáveis do que seria desejável *do ponto de vista político-criminal*. Afirmava-se, por exemplo, que os efeitos preventivo-gerais usualmente atribuídos à pena acabariam perdendo força se potenciais infratores pudessem contar com uma alta probabilidade de declaração de inimputabilidade em um processo.<sup>8</sup> Richard Lange manifestou esse temor sem nenhuma cerimônia: se desenhado amplamente, esse primeiro filtro se tornaria uma espécie de “porta de entrada para os associais”.<sup>9</sup> Sob este receio, o primeiro filtro previsto no § 20 do StGB foi então mantido como um gargalo estreito. Diante deste caso, percebe-se que apenas a constatação empírica de determinada deficiência ou de determinado distúrbio não é capaz de fornecer uma resposta suficiente para a pergunta acerca da imputabilidade de um autor. Mesmo quando perversões derivadas de desigualdades sociais incidam intensamente na psique do delinquente, impedindo-o de controlar seus atos – o que representa sensível restrição à sua liberdade, ainda que ele tenha capacidade de compreensão sobre o ilícito –, ele pode acabar sendo tomado por imputável, porque a sociedade, *por razões normativas*, assim o quer. Até mesmo os corrompidos socialmente podem se controlar (assim afirma o mote normativo) e pertencem, por isso, ao amplo grupo dos “normais”, dentro do qual um delito pode ser imputado a alguém com fundamento em sua culpabilidade.<sup>10</sup> Além disso, a pena fundada na culpabilidade deve ser capaz de enviar uma mensagem de prevenção geral a todos os potenciais delinquentes que se encontram em uma situação semelhante àquela do imputado, afirmando que também eles devem se controlar, se não quiserem se arriscar a sofrer as consequências nocivas da responsabilização jurídico-penal.

(2) Por outro lado, este sentido normativo da presunção de normalidade mostra-se também na aplicação do direito ao caso concreto. Do fato empírico de que determinadas

...

Fritz Neumayer, constitui uma comissão para a redação de um novo Código Penal para a República Federal da Alemanha. Tal comissão, composta por 24 membros, entre professores, políticos e membros do Judiciário, redigiu uma série de projetos de modificação legais, que influenciaram sensivelmente tanto mudanças na Parte Geral quanto mudanças na Parte Especial do Código Penal então vigente naquele país.

- 8 Argumento este que parece muito duvidoso, tendo em vista as consequências em regra esperadas do tratamento de inimputáveis (através de sua condução a um estabelecimento psiquiátrico – cf. § 63, *StGB*).
- 9 Citado por SCHILD, Wolfgang. Op. cit., § 20 Rn. 21, onde também se encontra um breve panorama sobre a história da Reforma.
- 10 Para mais detalhes, ver GÜNTHER, Klaus. Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens. In: LÜDERSEN, Klaus (Org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Legitimationen. Baden-Baden: Nomos, 1998. v. 1, p. 319 ss.

capacidades são encontradas na maioria da população, nós extraímos implicitamente uma norma que exige do indivíduo um comportamento de acordo com esse padrão majoritário. Dito brevemente: se a maioria dos destinatários das normas *pode* se controlar e *pode* evitar se comportar ilicitamente, então também o *deve* o indivíduo. Assim, da capacidade média e geral acabamos extraíndo implicitamente um dever dirigido ao cidadão individualmente considerado. Já em 1910, Eduard Kohlrausch resumia esta ideia: “portanto, em cada julgamento no qual a culpa por um ato é imputada a um autor, existe uma generalização do caso, uma equiparação entre o acontecimento concreto e um acontecimento normal (o que não significa outra coisa senão um acontecimento esperado ou exigido)”.<sup>11</sup> Independentemente da duvidosa legitimidade desta derivação de um “dever” a partir de um “poder” – que para o infrator significa, como nota corretamente Kohlrausch, “você pode, logo você deve” –, fato é que daí também não se pode obter qualquer resposta para a pergunta sobre se o delinquente, no caso concreto, era efetivamente capaz de evitar a violação da norma.

Diante do exposto, tanto o lado empírico quanto o lado normativo da presunção de normalidade deixam claro que esta não se sustenta apenas de maneira contrafática. Capacidade de compreensão e capacidade de autocontrole são qualidades encontradas na maioria dos destinatários das normas, de modo que estes se comportam, em regra, conforme o direito. Quem pertence a essa maioria, dispondo dessas capacidades, e apesar disso viola bens jurídicos alheios, é tratado de acordo com tal condição – isto é, como uma pessoa cujas capacidades não foram usadas como se podia e se devia. Nisto funda-se a possibilidade de se imputar culpabilidade penal. Uma pessoa pode, contudo, questionar essa imputação, afirmando dispor de condições que justifiquem um tratamento excepcional. No caso das chamadas causas de exclusão de culpabilidade (menoridade penal, inimputabilidade e erro de proibição inevitável), o autor é retirado total ou parcialmente do grupo majoritário dos capazes, ao passo que, no caso das chamadas causas de exculpação (estado de necessidade exculpante, excesso na legítima defesa e colisão de deveres), a pessoa mantém-se neste grupo, pois se trata, aqui, de circunstâncias que apenas dificultam o comportamento conforme o direito. É verdade que também estas últimas circunstâncias acabam tendo como consequência a negativa de culpabilidade; no entanto, isto não se deve ao fato de que o autor, no momento da infração, sofresse de um total déficit de normalidade.<sup>12</sup>

...

11 KOHLRAUSCH, Eduard. Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung. In: *Festgabe für Karl Güterbock*. Berlin, 1910. p. 3 ss (especialmente p. 25). Uma versão atual deste argumento pode ser encontrada em JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin, Duncker & Humblot, 1996. § 39, III [há tradução para o espanhol: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Albolote: Comares, 2002].

12 Por fim, resta ainda a possibilidade de diminuição de pena, como ocorre nos §§ 21, 213, 17, 35 e nas razões determinantes para o cálculo de pena previstas no § 46, StGB. Sobre a diferenciação entre causas

## V. PRESUNÇÃO DE NORMALIDADE E LIVRE-ARBÍTRIO

Portanto, para a ciência do direito penal em sua controvérsia com a neurociência, a pergunta decisiva deveria ser a seguinte: as capacidades que, por razões empíricas e normativas, são consideradas “normais” na maioria das pessoas podem ser interpretadas como livre-arbítrio? Ou formulado de maneira inversa: as pessoas dotadas de capacidades normais não seriam tão determinadas quanto as que delas não dispõem? Nos debates jurídico-penais, podemos encontrar tanto posições deterministas quanto posições indeterministas e posições agnósticas a respeito destas perguntas.

Von Liszt definia a imputabilidade como sendo o reflexo de uma espécie normal de determinação, fundada na percepção e em motivos para ação (por ex.: valores religiosos e morais, bem como a ameaça da pena): “imputável é todo ser humano mentalmente são e maduro, sem qualquer distúrbio de consciência. A essência da imputabilidade é formada, nestes termos, tanto por uma espécie normal de percepção quanto por uma motivação normal para o agir”.<sup>13</sup> De acordo com Von Liszt, portanto, o imputável é em seu comportamento tão determinado quanto o inimputável, sendo que a diferença entre eles consiste apenas no tipo e na forma de determinação incidente sobre o primeiro, que é tida como normal, ao passo que a determinação que age sobre o último afasta-se sensivelmente do campo da normalidade. O imputável pertence à parcela dos homens capaz de ser determinada causalmente por valores, normas e ameaças de pena – dessa forma, se ele, em um caso particular, tiver sido mais fortemente motivado em direção a um comportamento desviante, seria este um motivo para lhe atribuir a autoria da infração e para apená-lo com fins preventivo-especiais.<sup>14</sup> Como muitos outros deterministas, também Von Liszt dispõe de um forte argumento contra o indeterminismo, isto é, contra a tese que defende a existência de um livre-arbítrio absoluto: se nosso comportamento não fosse determinado por absolutamente nada, se a liberdade fosse possível apenas e tão somente de forma não condicionada, então todos os nossos atos

...

de exclusão de culpabilidade e circunstâncias exculpantes, ver JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., § 43, II; contrariamente, ver ROXIN, Claus. Op. cit., § 19 Rn. 56 ss (que, crítico desta diferenciação, afirma que, tanto em um caso quanto em outro, o determinante é que a pena, por razões de prevenção geral, não seria necessária). Sobre isso, ver com a exposição detalhada de WÜRFEL, Christine. In: \_\_\_\_\_. *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2008. p. 335 ss.

<sup>13</sup> LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 13. ed. Berlim, 1903. p. 163 ss.

<sup>14</sup> Von Liszt sustenta em seu ensaio “A imputabilidade penal – uma réplica”. (*ZStW*, 18 (1898), p. 229 ss, especialmente p. 258): “Nós também podemos dizer: este crime é determinável através da ameaça de pena – ainda que ele, de fato, não o tenha sido nos casos em que a infração é cometida. Com isso nós queremos dizer que a maioria dos homens comuns fica intimidada pela possibilidade de sofrer uma pena, e que estes homens não são essencialmente diferentes dos demais. É sobre essa *semelhança* entre criminosos e homens comuns que nós fundamos nossos prognósticos e nossos juízos valorativos”.

seriam apenas um fruto do acaso. Aceitar isso, no entanto, implicaria tornar uma pessoa responsável pelo acaso, o que acabaria por contradizer muito mais nossas intuições do que pressupor que somos efetivamente determinados.

No rumo diametralmente oposto ao tomado por Von Liszt, seguindo em direção a um indeterminismo, encontramos uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof* – “BGH”) de 1952, versando sobre um caso de erro de proibição. Nela, sustenta-se que o fundamento para o juízo de culpabilidade estaria “na autodeterminação livre, responsável e moral de que dispõe o ser humano e que o torna capaz de se decidir a favor da legalidade e contra a ilegalidade”.<sup>15</sup> Com isso, afirmava-se que, no momento do ato, o autor teria tido a liberdade de agir de modo diverso, isto é, de evitar cometer a infração e, portanto, teria tido a possibilidade de observar o direito. Esta tentativa do Superior Tribunal de definir positivamente o conceito jurídico-penal de culpabilidade, contudo, acabou não indo muito longe. Os juízes continuaram sem verificar se, em cada caso concreto, todos os elementos do conceito de culpabilidade postos na definição do Tribunal estavam ou não presentes no acusado. Isso também sequer poderia ser diferente, posto que se sabia ser impossível provar que um autor, no momento do ato, efetivamente poderia ter agido de outro modo – assim a principal crítica ao posicionamento do BGH (feita, por ex., por Paul Bockelmann e Arthur Kaufmann).<sup>16</sup> Independentemente disso, com essa definição positiva também não é possível pôr fim à controvérsia científica em torno do conceito de culpabilidade e de sua relação com o livre-arbítrio. Isso porque, se entendermos a definição do Tribunal nos termos de um forte indeterminismo, grandes problemas surgem imediatamente: afinal, a tese segundo a qual uma pessoa, sob condições idênticas às do fato ilícito, poderia ter agido de forma diversa da que agiu, não apenas não pode ser comprovada, como também faz com que o fato ocorrido seja visto como mera obra do acaso. E se concebemos a “liberdade” como um agir sem causas e condicionamentos, então nem mesmo em um sentido fraco seria lícito imputar o agente, afirmando ser ele causalmente responsável pelo que aconteceu.<sup>17</sup>

...

15 Decisões do Superior Tribunal de Justiça em matéria penal. *BGHSt*, v. 2, 194 (200).

16 BOCKELMANN, Paul. Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit. *ZStW*, v. 75, p. 372 ss, 1963; KAUFMANN, Arthur. Das Schuldprinzip. 2. ed. Heidelberg, 1976. Anexo, p. 263 ss; do mesmo autor, também: Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht. *JURA*, p. 225 ss, 1986. Para uma história crítica da recepção deste julgado do BGH e para seus impactos na jurisprudência que lhe seguiu, ver NEUMANN, Ulfrid. Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs – Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum. In: ROXIN, Claus; WIDMAIER, Gunther (Org.) *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*. Munique, 2000. V. IV, p. 83 ss.

17 Ver, sobre isso, SCHELLING, Friedrich W. Philosophische Untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit und damit zusammenhängende Gegenstände. In: *Ausgewählte Werke*, Schriften von 1806-1813. Darmstadt, 1976. p. 275 ss (especialmente p. 327): “[...] e se a liberdade não pode ser salva senão



Diante desta contradição, muitos autores acabam adotando um posicionamento agnóstico, procurando então definir o conceito jurídico-penal de forma que ele fique aberto tanto para posturas deterministas quanto para posturas indeterministas. Neste sentido, Roxin – que declaradamente se reconhece como agnóstico – sustenta que “a culpabilidade deve ser entendida como agir ilícito apesar da idoneidade do autor para ser destinatário de normas”.<sup>18,\*</sup> Com isto não se quer dizer mais do que a capacidade psíquica de uma pessoa para se controlar, isto é, para reagir psiquicamente a normas de modo a incluí-las em seu mecanismo de ação. Também aqui, contudo, reencontramos o questionável argumento da força normativa do fático, principalmente quando Roxin estabelece que essa capacidade de autocontrole “estaria, na maioria dos casos, presente nos adultos saudáveis”.<sup>19</sup> Quem fosse assim constituído deveria ser tratado como livre, e este seria “um posicionamento normativo cujo valor social independe da problemática do livre-arbítrio, tanto a apresentada pela teoria do conhecimento como a posta pelas ciências naturais”.<sup>20</sup> A vantagem dessa posição é que ela deixa claro que a decisão sobre a *normalidade* ou *anormalidade* de uma determinação é, acima de tudo, uma decisão *normativa*, que se mede por valorações sociais acerca da normalidade e da liberdade. E essa vantagem pode ser tanto maior quanto mais profunda-

...

como completo acaso, então ela não deve ser salva de forma alguma”. O mesmo argumento desempenha já no século XIX um papel central nos debates jurídico-penais com o hegelianismo (entre outros, *Merkel* contra *Hälschner*); sobre isso, GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main, 2005. p. 14 ss. Sobre a controvérsia filosófica em torno da liberdade condicionada e da liberdade incondicionada, ver com detalhes BIERI, Peter. *Das Handwerk der Freiheit*. Munique; Viena, 2001. p. 165 ss.

18 ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. Op. cit., § 19, Rn. 36.

\* N.T.: A expressão utilizada neste trecho é “*unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit*”. Como nota Luís Greco, “*Ansprechbarkeit*” é o substantivo derivado do adjetivo “*ansprechbar*”, que pode ser traduzido como qualidade daquele com quem se pode falar, isto é, aptidão de que dispõe aquele capaz de ser destinatário de uma mensagem. Quando transposto para o discurso jurídico-penal, o termo é de difícil tradução. Miguel Diaz e Garcia Conlledo, quando da tradução do *Tratado* de Roxin para o espanhol, utilizaram-se do termo “*asequibilidad normativa*” (cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General, op. cit., p. 802). Já Juarez Cirino dos Santos traduziu a expressão como “*dirigibilidade normativa*” (cf. SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 212). Estamos, no entanto, de acordo com Luis Greco, segundo o qual estas duas tentativas pouco dão conta de explicitar corretamente a ideia contida na expressão original do alemão. Esta, quando inserida no contexto tratado por Roxin, procura se referir à uma aptidão empiricamente verificável para ser destinatário de uma mensagem normativa, fato este que nos levou a acompanhar a proposta de Greco de traduzir o termo como “*idoneidade para ser destinatário de normas*” (cf. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 87).

19 ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. Op. cit. § 19, Rn. 36.

20 Idem, § 27.



mente a liberdade marcar a autocompreensão da sociedade e as instituições sobre ela fundadas. Esta linha argumentativa, contudo, permanece exposta a uma relevante objeção: para um determinista consequente, continua em aberto saber qual é a vantagem de se perceber o caráter normativo dessa decisão sobre a normalidade, no momento em que o livre-arbítrio passa a ser visto pela neurociência como uma completa ilusão.<sup>21</sup>

Essa deficiência acabou levando alguns autores a desvincularem o conceito de culpabilidade de qualquer referência à liberdade e definirem-no exclusivamente com base em critérios normativos ou funcionais.<sup>22</sup> Como culpável, então, *é tido* todo delinquente cuja punição for necessária para se alcançar determinado fim socialmente desejado – seja ele a intimidação de potenciais futuros infratores, seja ele o reestabelecimento ou o fortalecimento da confiança da coletividade na validade das normas jurídicas e na inviolabilidade dos bens jurídicos. Aquele que, sob circunstâncias internas e externas normais, comete um delito, estaria afetando os que, sob as mesmas condições, comportaram-se de acordo com o direito – devendo, por isso, ser tratado como alguém individualmente responsável pela violação jurídica, arcando sozinho com os custos de sua infração. Todo o sentido da responsabilização jurídico-penal ou da atribuição de culpa esgota-se neste contexto. A possibilidade de uma sociedade ser afetada por violações de normas – e em que medida isso ocorre – passa a depender de suas condições funcionais enquanto sistema comunicativo, bem como de suas decisões fundadas normativamente. Tomar, por exemplo, a falta (inevitável) de conhecimento sobre a ilicitude como uma excludente de culpabilidade constitui uma decisão relativamente recente – posto que, durante muitos séculos, valeu a regra contrária, segundo a qual o desconhecimento não afasta a aplicação da pena (*errare iuris nocet*). O reconhecimento de tal “erro de proibição” como uma causa excludente de culpabilidade deriva, portanto, não de uma descoberta da neurociência, mas sim de uma consideração normativa, segundo a qual uma infração assim cometida é inofensiva para o funcionamento de uma sociedade moderna, não veiculando nenhum sentido comunicativo capaz de afetá-la. Nesta mesma linha, mas na direção contrária, uma sociedade pode também decidir tomar por culpável um delinquente pessoalmente muito afetado e em uma situação de perigo, se isto for tido como necessário para o

...

21 Ver sobre essa objeção PAUEN, Michael. *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*. 2. ed. Frankfurt am Main 2005. p. 235.

22 Ver, exemplarmente, JAKOBS, Günther. *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit*. In: HEINRICH, Dieter (Org.). *Aspekte der Freiheit*. Regensburg, 1982. p. 69 ss. Em seu mais recente ensaio, intitulado “Individuum und Person” e no qual encontramos um posicionamento crítico frente aos desafios e questionamentos postos pela neurociência, Jakobs volta a se permitir o uso do termo “liberdade” (e até mesmo do termo “livre-arbítrio”), fazendo-o, no entanto, exclusivamente no plano do significado e da imputação constituída através do sistema comunicativo da sociedade (ver JAKOBS, Günther. *Individuum und Person*. Op. cit., p. 257 e 261 ss).

funcionamento do sistema – por exemplo, não reconhecendo como um caso de estado de necessidade exculpante a ação de soldados ou de bombeiros, por serem estes obrigados a suportar grandes riscos (cf. § 35, StGB), ou exculpando por excesso de legítima defesa apenas as pessoas que ultrapassam o limite em razão de medo ou pânico, mas não aquelas que o fazem por raiva ou fúria em níveis socialmente inaceitáveis.

Com desvinculação da culpabilidade em relação à liberdade, atingimos um estado no qual aquela é sustentada apenas por seu “valor” ou por sua função social. Em 1910, Eduard Kohlrausch caracterizou essa forma de presunção generalizada de capacidade média para cada delinquente individual em uma famosa expressão, segundo a qual, “com isso, a capacidade individual torna-se uma ficção necessária ao Estado”.<sup>23</sup> O fundamento dessa ficção residiria não mais na liberdade da pessoa, mas sim nos fins e nas exigências funcionais do Estado e da sociedade a serem alcançados e satisfeitos pela imputação de responsabilidade. Tomado nestes termos, enquanto mera ficção puramente vinculada a fins, o conceito jurídico-penal de culpabilidade pode ser defendido mesmo se entendermos que o comportamento humano é, de fato, causalmente determinado. Afinal, não seria a liberdade que daria conteúdo a esse conceito, mas sim sua finalidade social. Kohlrausch, no entanto, deixou bem claro o que isso significa para o indivíduo delinquente: “[...] o autor torna-se vítima da coletividade, ele passa a ter de sofrer no interesse dela”.<sup>24</sup>

Seja como for, também nesta concepção a irresolúvel questão da liberdade parece resurgir como visitante não convidada. E isso em pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar, a sociedade não pode a seu bel-prazer “tornar vítimas” os seus delinquentes. Se assim o fosse, seria preciso, por razões de intimidação, punir com maior intensidade o autor de uma morte causada por imprudência no trânsito do que o autor de um homicídio doloso. Este exemplo mostra que também uma pena funcional deve ser capaz de manter uma relação de adequação com o fato e com o grau de culpabilidade do indivíduo. Quem viola bens jurídicos alheios em uma situação difícil, mas ainda assim culpável, merece uma punição menor do que aquele que, por exemplo, age por puro interesse próprio. Contudo, esta proporcionalidade entre fato, culpa e pena não se deixa determinar sem que seja feita referência ao grau de liberdade e de envolvimento interno do delinquente quando da execução de seu ato.<sup>25</sup> Desta forma, o conceito jurídico-penal de culpabilidade acaba funcionando também como limite normativo para penas com funções preventivas. Por conta disso é que Roxin

...

<sup>23</sup> KOHLRAUSCH, Eduard. Op. cit., p. 26.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Ver, para detalhes, GÜNTHER, Klaus. Voluntary action and criminal responsibility. In: MAASEN, Sabine; PRINZ, Wolfgang; ROTH, Gerhard (Org.). *Voluntary action*. Brains, minds, and society. Oxford, 2003. p.263 ss.

atribui ao conceito de culpabilidade não o papel de ficção necessária ao Estado, mas sim o de pressuposto de liberdade voltado à proteção do cidadão contra excessos preventivos da pena estatal.<sup>26</sup>

Em segundo lugar, a dependência do conceito de culpabilidade em relação a seu valor social deixa claro que a determinação do “se” e do “como” da culpa penal constitui uma decisão que requer fundamentação social, isto é, uma decisão que para o legislador é *política*. Neste ponto, contudo, seria necessário trazer à baila a pergunta que Roxin deixou de fazer: *quem*, com base em que *critérios*, em que *fóruns* e mediante que *procedimentos* deve ser tido como competente para definir a fronteira entre o normal e o desviante? Certamente, para esta pergunta existem muitas respostas possíveis – que podem, por sua vez, ser agrupadas de acordo com seu grau de compatibilidade com a ideia de liberdade, a depender de se esta resposta é dada por um Estado autoritário, por uma sociedade de classes ou por um Estado democrático de direito. Em 1898, von Liszt ainda podia afirmar: “[...] nós, a classe dominante, determinamos hoje quem deve ser apenado e quem não deve. Nós tomamos os deficientes mentais como penalmente inimputáveis”.<sup>27</sup> No entanto, se o conceito jurídico-penal tem alguma função social e qual é esta função, isso é algo que depende da própria sociedade e de seu conjunto de valores. Se a liberdade pertence a este conjunto, então o conceito de culpabilidade não pode entrar em contradição com ela. Concebido neste sentido, percebe-se que no conceito de culpabilidade está refletida a própria autocompreensão normativa da sociedade. Em uma democracia fundada sobre direitos humanos fundamentais e constituída nos termos de um Estado de direito, os cidadãos e as cidadãs são titulares tanto de direitos subjetivos de liberdade quanto de direitos de participação política com os quais eles próprios se entregam a uma ordem livre. Esses direitos sequer poderiam ser reciprocamente reconhecidos, se não fosse também reciprocamente atribuída a cada pessoa certa normalidade no que tange à sua capacidade de compreensão e de autocontrole, atributos estes com base nos quais cada um pode exigir do outro a fundamentação de suas pretensões, bem como pode avaliá-las, refutá-las, adotá-las para si e tomá-las como pauta de suas ações. Os cidadãos estariam se contradizendo se, por um lado (p. ex. no âmbito da liberdade de expressão ou da de contratar), aceitassem atribuir a si mesmos esta normalidade, mas, por outro (p. ex. no âmbito do conceito de culpabilidade), tornassem a negá-la. Disso decorre que essa presunção de normalidade não pode ser a mera expressão da autocompreensão fática da classe dominante, à qual se submeteria o indivíduo delinquente através de sua punição fundada em culpabilidade; pelo contrário, essa presunção deve, em si, tornar-se um tema de crítica e de legitimação públicas por parte de todos os envolvidos – envolvidos estes

...

26 ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. Op. cit., § 19 Rn. 49.

27 LISTZ, Franz von. *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*. Op. cit., p. 256.

que devem, por sua vez, também fazer uso dessa presunção de normalidade quando de sua participação em um debate público.<sup>28</sup> As capacidades de compreensão e de autocontrole constituem, portanto, tanto tema como *medium* desse processo de legitimação pública. Em suma: tanto a presunção de normalidade de compreensão e de autocontrole, praticada na atribuição de culpabilidade, quanto a definição sobre as condições que a excepcionam e em que medida isso deve acontecer, são questões que apenas podem resultar de um processo de crítica e de legitimação públicas.

## VI. TRÊS CAMINHOS PARA LIDAR COM AS CONJECTURAS DA NEUROCIÊNCIA

Os exemplos acima referidos mostram que um conceito de culpabilidade invariavelmente orientado pela ideia de liberdade não se deixa afastar nem por posições deterministas, nem por posições agnósticas. Nesta situação, restam para o direito penal e para a ciência jurídico-penal, fundamentalmente, três formas de lidar com os argumentos e as conclusões fortemente deterministas da neurociência. Esses caminhos foram seguidos também no passado, em diferentes medidas e com maiores ou menores implicações, no âmbito de controvérsias similares perante posições marcadas pelo determinismo:

(1) O primeiro dos caminhos consiste em deixar tudo como está, procedendo-se apenas a uma revisão – com base nos atuais conhecimentos da neurociência e das demais ciências naturais – dos critérios constantes do § 20 do Código Penal Alemão para a verificação da existência ou inexistência de distúrbios capazes de afetar a capacidade de compreensão e de autocontrole do acusado. Seguindo por este caminho, o direito penal não se desconecta da prática cotidiana de atribuição de liberdade e de responsabilidade, tal como inicialmente mencionada quando tratamos do modelo de “regra e exceção” presente em nossa sociedade. Esta saída ainda garante que a imputação jurídico-penal faça uso da mesma linguagem de atribuição praticada em nosso cotidiano, independentemente de nos considerarmos ou não seres em alguma medida determinados. Tomado nestes termos, o direito penal apenas elabora e formaliza os critérios de imputação e os procedimentos através dos quais se decide sobre a culpa do delinquente. Conta a favor deste caminho o fato de que ele coincide tanto com nossa autocompreensão socialmente praticada como com as estruturas, as instituições e os princípios básicos que constituem uma sociedade organizada de forma justa e composta de

...

28 Sobre este ponto, ver GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Op. cit.; Do mesmo autor, ver também *Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat. Jahrbuch für Recht und Ethik*, v. 2, p. 143 ss, 1994. Ver ainda KINDHÄUSER, Urs. *Rechtstreue als Schuld-kategorie. ZStW*, v. 107, p. 701 ss, 1995 [há tradução para o espanhol publicada como *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*, na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, p. 9-52, n. 72, 2008].

cidadãos e cidadãs livres e iguais (como uma Constituição e seus direitos fundamentais, a democracia representativa, tribunais independentes, direitos de propriedade e liberdade de contratar). Neste sentido, as controvérsias envolvendo o determinismo, que se repetem ao menos desde o Iluminismo com cada mudança paradigmática das ciências naturais (da física à biologia, passando pela psicologia), teriam sido capazes de alterar apenas periféricamente o direito penal fundado na ideia de culpabilidade, não conseguindo, contudo, atingi-lo em seu centro. Esta opção (que em realidade é uma não opção) apresenta, no entanto, uma desvantagem: ela requer que a autocompreensão da sociedade e sua práxis de imputação cotidiana não se deixem influenciar pelos postulados da neurociência. O que hoje os proeminentes representantes dessa ciência pretendem é, porém, justamente o contrário – eles querem criar uma nova figura, um novo paradigma de ser humano.<sup>29</sup> E não por acaso eles escolheram a pena fundada em culpabilidade como oportunidade exemplar para realizar esse projeto.

(2) O segundo caminho consiste em se engajar nas controvérsias travadas entre a neurociência e a filosofia em torno do indeterminismo e do determinismo, com o objetivo de, eventualmente, revisarmos o conceito de culpabilidade. Neste plano, os conceitos dogmático-penais de problemática interpretação no âmbito da presunção de normalidade mostram-se como reflexo de debates filosóficos envolvendo o livre-arbítrio.<sup>30</sup> Nestes debates, por sua vez, encontramos diferentes tipos de argumentação, de versões mais estritas e versões mais flexíveis de determinismo e de indeterminismo, a conceitos de liberdade compatíveis com teses deterministas. Por um lado, uma argumentação estritamente determinista estaria obrigada a abrir mão tanto de nossa autocompreensão cotidiana acerca da liberdade, como das estruturas, das instituições e dos princípios que sobre ela estão fundados (entre eles não apenas o direito penal fundado na culpabilidade, mas também o próprio direito como um todo!). Mesmo que nós quiséssemos seguir por esse caminho, guiados pelo apelo dos resultados das pesquisas neurocientíficas, parece questionável, porém, a premissa de que nós *somos capazes* de objetivar de forma absoluta nossas relações sociais simbolicamente estruturadas e comunicativamente reproduzidas (entre as quais estão, inclusive, as ações dos neurocientistas em seus papéis de participantes de uma *scientific community* que orienta nossas concepções de verdade). Em outras palavras, parece duvidoso que consigamos nos compreender (!) duradouramente como objetos exclusivamente físicos, capazes de observar a nós mesmos e aos outros e de nos comunicar sobre nós mesmos e sobre os outros em uma linguagem

...

<sup>29</sup> Sobre isso, ver, entre outros, Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung. *Gehirn und Geist*, v. 3, p. 30-37, 2004.

<sup>30</sup> Ver, sobretudo, as contribuições da Filosofia do Espírito. De forma resumida e introdutória, STURMA, Dieter. *Philosophie des Geistes*. Leipzig, 2005; também PAUEN, Michael. *Grundprobleme der Philosophie des Geistes*. 2. ed. Frankfurt am Main, 2001; ver ainda BECKERMANN, Ansgar. *Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes*. 2. ed. Berlin; Nova York, 2001.



de observadores, sem que, com isso, nós nos deixemos de nos compreender como seres capazes de agir, de questionar e de aprender.<sup>31</sup> Por outro lado, uma argumentação estritamente indeterminista precisaria comprovar que existe uma espécie de hiato no mundo causalmente fechado da natureza, dentro do qual uma ação poderia ser realizada livremente sem que nenhuma causa lhe desse origem.<sup>32</sup> Mas, neste caso, a liberdade não seria diferente do acaso – pelo qual ninguém pode ser juridicamente responsável. A saída consistiria, então, na adoção de um conceito metafísico de liberdade, absolutamente desconectado da causalidade natural; contudo, com ele também não se poderia explicar por que o mundo dos espíritos livres seria capaz de causar algo no mundo da natureza sem que, com isso, ele próprio se tornasse parte dela. Diante destas considerações, o caminho mais promissor parece ser seguido por aqueles que não negam que nós vivemos em um mundo determinado e causalmente cerrado, mas que descrevem o tipo e os termos dessa determinação do ser humano por sua própria mente, de forma mais ambiciosa e complexa do que o fazem os neurocientistas. A determinação *normal*, à qual o direito penal está atrelado quando da atribuição de culpabilidade feita em termos de um modelo de “regra e exceção”, seria então decifrada pela filosofia de forma mais detalhada do que por Von Liszt e seus(as) seguidores(as). Fundamentalmente, trata-se aqui da tese segundo a qual o agir livre é determinado por *razões* que, é verdade, surgem no âmbito de uma cadeia de causa e efeito, mas que, por outro lado, não se resumem completamente a esta, nem constituem seu mero epifenômeno – estando, portanto, para as relações causais assim como a fumaça está para o fogo. Esta tese acaba sendo decomposta em diferentes variantes parcialmente controversas. Assim, uma primeira variante afirma que a liberdade consistiria na capacidade de que dispõe uma pessoa para seguir seus objetivos de longo prazo e de se estabelecer contra fortes impulsos ou costumes profundamente arraigados; tal pessoa não teria seus atos completamente determinados por uma situação desencadeadora e, dependendo do quanto ela conseguisse se autodeterminar e se controlar, ela poderia então ser vista como autora responsável por suas ações.<sup>33</sup> Outras propostas chamam ainda a atenção para os diferentes contextos em que fazemos uso, por um

...

31 WINGERT, Lutz. Grenzen der naturalistischen Selbstobjektivierung. In: STURMA, Dieter (Org.). *Philosophie und Neurowissenschaften*. Frankfurt am Main, 2006. p. 240 ss.

32 Ao menos se permitindo partir desta hipótese (com a consequência de inverter o ônus da prova para os neurocientistas e, assim, proteger o conceito de culpabilidade), ver LÜDERSEN, Klaus. Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie – Einfluß der modernen Hirnforschung auf das Strafrecht?. In: *Aktuelle Anthropologie, Jubiläumsband der wissenschaftlichen Gesellschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main*. Stuttgart, 2005. p. 187 ss.

33 Neste sentido, a partir de uma visão cognitivo-psicológica, GOSCHKE, Thomas. Vom freien Willen zur Selbstdetermination. Kognitive und volitionale Mechanismen der intentionalen Handlungssteuerung. *Psychologische Rundschau*, p. 186 ss, 2004.

lado, de explicações naturalísticas com base em leis causais e, por outro, de atribuição de responsabilidade a pessoas atuantes; esses jogos de linguagem poderiam conviver sem conflitos apenas porque cada um deles desempenharia uma função distinta.<sup>34</sup> Naturalmente, permaneceria em aberto saber se a especificidade própria das razões e dos motivos para se agir não se perderia no momento em que os concebemos apenas como um tipo mais complexo de causalidade. É verdade que, possivelmente, os cérebros precisem ser programados culturalmente para responder a razões; contudo, não devemos esquecer que as pessoas se movimentam no plano das razões de modo diverso aos *cérebros* em suas relações de causa e efeito.<sup>35</sup> Finalmente, há ainda aqueles que procuram sustentar sua visão em uma suposta inevitabilidade da experiência subjetiva de liberdade, para cuja existência existiriam tanto razões epistemológicas quanto causas neurobiológicas. As consequências dessa tese para o conceito jurídico-penal de culpabilidade são algo ainda indefinido; no entanto, provavelmente não derivaria daí nenhuma revisão fundamental.<sup>36</sup>

(3) O terceiro e último caminho consiste em extrair das teses fortemente deterministas formuladas pela neurociência a consequência radical de abolir do direito penal o conceito de culpabilidade, substituí-lo por categorias neurocientíficas, e pôr fim também à pena, de modo que, em seu lugar, intervenham sobre os indivíduos perigosos medidas de proteção da sociedade.

## VII. IMPLICAÇÕES DA HIPÓTESE ESTRITAMENTE DETERMINISTA

As implicações decorrentes de se seguir por este terceiro caminho são, contudo, temidas por grande parte dos neurocientistas.<sup>37</sup> A maioria deles se define como representante de um humanismo iluminista que quer libertar os seres humanos dos efeitos nocivos de uma ilusão, algo parecido com a luta contra a caça às bruxas do início da era moderna. Partilhar de um juízo de culpabilidade centrado na ideia de livre-arbítrio seria, neste sentido, tão equivocado quanto

...

<sup>34</sup> WILLASCHECK, Marcus. Der freie Wille – Eine Tatsache des praktischen Lebens. *Forschung Frankfurt*, v. 4, (*Geist und Gehirn*). p. 51 ss, 2005.

<sup>35</sup> Ver, sobre isso, WINGERT, Lutz. Gründe zählen. Über einige Schwierigkeiten des Bionaturalismus. In: GEYER, Christian (Org.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt am Main, 2004. p. 194 ss; também HABERMAS, Jürgen. Freiheit und Determinismus. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, p. 187 ss, 2005; ver ainda GÜNTHER, Klaus. Grund, der sich begründet. Oder: Was es heißt, eine Person zu sein. *Neue Rundschau*, p. 66 ss, 2003.

<sup>36</sup> Para o mais recente posicionamento fazendo referência à inevitabilidade da experiência de liberdade e às suas implicações para o conceito de culpabilidade, ver BURKHARDT, Björn. Op. cit.

<sup>37</sup> Assim, por exemplo, Gerhard Roth, em sua discussão travada com Klaus Günther. (*Bild der Wissenschaft. Caderno 3*, 2005).

acreditar que determinadas pessoas são dotadas de poderes malignos ou tomadas por mal-dições capazes de espalhar o mal no mundo. A pena fundada em culpabilidade apareceria, assim, como algo tão injusto quanto a pena de morte na fogueira imposta na Idade Média. Obviamente, o combate à caça às bruxas não foi exclusivamente conduzido por cientistas, nele se engajando, também, juristas que questionavam a legitimidade daquele tipo de prática. Mesmo depois, sempre houve operadores do direito (é verdade que constantemente influenciados por uma esfera pública crítica e esclarecida) lutando contra ilusões e presunções não comprovadas no âmbito do direito penal. Sob *esta* perspectiva, a neurociência e a ciência jurídico-penal crítica uniram suas forças e *trabalham conjuntamente* desde o Iluminismo. O § 20 do Código Penal alemão permaneceria como que sob a reserva de que os mais recentes descobrimentos da medicina não conduzam à revisão das premissas com as quais nós presumimos liberdade onde ela não existiria.

Contudo, é preciso perceber que essa crítica contínua a um limitado direito penal fundado na ideia de culpabilidade alimenta-se do convencimento de que só os agentes que agem livremente merecem a pena – e que, por isso, seria injusto ainda atribuir culpabilidade e impor pena a alguém que não tivesse liberdade no momento da conduta. Isto também vale para as teorias sociocriminológicas e psicocriminológicas que, surgidas nos anos 1960 e 1970, explicavam o fenômeno do crime fazendo referência à desigualdade social, a déficits de socialização ou distúrbios narcisistas no desenvolvimento psicológico, ocorridos no início da infância. Também essas teorias argumentavam em termos de um determinismo psíquico ou social apenas nos casos mais drásticos – posto que, em regra, tratava-se da tarefa de reconhecer e de modificar as condições sociais e psicológicas capazes de inibir, de reduzir ou de deformar *a liberdade*. Não é por acaso que a neurociência da atualidade vem acompanhada de uma política criminal que busca as causas e os motivos da criminalidade exclusivamente no delinquente, voltando-se contra qualquer explicação sociológica ou psicológica desse fenômeno.<sup>38</sup> É verdade que temos bons motivos para questionar se a pena, tomada como imposição de um mal e de um sofrimento por parte do Estado, é capaz de portar o significado e de atingir os fins perseguidos por esta política criminal.<sup>39</sup> De qualquer forma, até mesmo essa crítica da pena argumenta a favor da liberdade e da justiça que seriam violadas quando a sanção não pode

...

<sup>38</sup> Sobre isso, ver KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie*. 3. ed. Bern, 2001. § 21. Para detalhes sobre esta polêmica dirigida às explicações sociológicas, ver exemplarmente BARKOW, Jerome. H.; COSMIDES, Leda; TOOBY, John (Org.). *The adapted mind – Evolutionary psychology and the generation of culture*. Nova York; Oxford, 1992.

<sup>39</sup> GÜNTHER, Klaus. Kritik der Strafe I. *West End – Neue Zeitschrift für Sozialforschung*, p. 117 ss, 2004. A parte II deste ensaio foi publicada em 2005, no caderno 1 dessa mesma revista, p. 131-141 [ambos os artigos foram traduzidos para o português, publicados na coletânea PÜSCHEL, Flávia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Teoria da responsabilidade: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009].

ser justificada. Em oposição a tudo isso, o humanismo esclarecido dos neurocientistas vai, contudo, mais além: o que se questiona é a própria possibilidade de formular uma justificação.

Neste momento separam-se os caminhos da neurociência e da ciência jurídico-penal crítica. Se o próprio paradigma de homem livre é renegado, então realmente ninguém mais pode ser penalizado. E se a pena não pode mais se fundar sobre um juízo de culpabilidade, então restaria como fim da sanção somente a proteção da coletividade. A partir de então, seria necessária a incidência de medidas de segurança no lugar da imposição de pena, como hoje ocorre com autores reincidentes e perigosos nas detenções preventivas, que podem até mesmo ser impostas retroativamente. Essas exigências de proteção da coletividade poderiam, ainda, variar fortemente, a depender das condições sociais e do clima político do momento. Dependendo de quão ameaçada a coletividade se sentisse diante de um infrator, a pena poderia ser maior ou menor. Uma pequena infração, cometida por um autor altamente perigoso, exigiria, assim, uma medida mais intensiva do que aquela requerida no caso de um crime grave cometido por um autor praticamente inofensivo. Além disso, a coletividade poderia acabar desenvolvendo demandas por segurança cuja legitimidade se apresenta como altamente questionável. Não faz muito tempo que, na antiga União Soviética, dissidentes políticos foram processados penalmente e tomados como inimputáveis, para que, então, pudessem ser internados como “loucos” em um estabelecimento psiquiátrico.<sup>40</sup> A característica de “periculosidade” deveria ser atribuída a uma pessoa cuja ação consista na violação de uma lei penal de caráter racista? Deve ser tomado como “perigoso”, sendo inclusive eventualmente submetido a terapias e exames neurológicos, o presidente de um conselho de administração que, ao decidir a favor do pagamento de uma grande compensação, contribui sensivelmente para a dissolução da diretoria de uma empresa em crescimento no ramo de vendas e que, por isso, acaba sendo processado pela violação de um dever de fidelidade patrimonial, dever este que se mostra juridicamente indeterminado e de questionável validade (cf. § 266 do Código Penal alemão, tipo penal que criminaliza a “infidelidade patrimonial” – *Untreue*)?

Todas estas questões acerca da legitimidade das demandas por segurança não podem, contudo, ser propostas se partirmos de uma visão de mundo determinista. Nesse tipo de contexto, o paradigma de homem livre está tão pouco pressuposto no momento de determinação dos fins da pena quanto o está no momento de escolha dos indivíduos perigosos que devem ser apenados. Quando a pena não serve mais à proteção de liberdades iguais juridicamente garantidas, que outros fins restam? Provavelmente, sequer seria lícito falarmos de “fins”, na medida em que esse termo pressupõe, implicitamente, algo determinado pela escolha e pela decisão das pessoas. Em lugar desta, encontraríamos apenas e tão somente o mero interesse de sobrevivência de uma maioria frente a uma minoria (melhor dizendo: de uma maioria

...

<sup>40</sup> Sobre isso, conferir o filme *Gorki Park*, de Michael Apted.



de cérebros frente a uma minoria de cérebros). A definição de comportamentos como delituosos dependeria, então, do grupo que tenha se estabelecido como hegemônico em um determinado grupo de seres humanos (neurologicamente considerados). Vistas sob esta perspectiva, tanto a pena como a medida de segurança contra indivíduos perigosos não seriam nada mais que instrumentos de uma luta pela subsistência. Justo seria, então, aquilo que um grupo hegemônico usa para se proteger — justo seria o direito do mais forte. No entanto, ao menos desde Platão esta situação é vista como o oposto da Justiça.<sup>41</sup> Diante disso, o que acaba se mostrando como uma ilusão é o próprio humanismo encampado pelos neurocientistas críticos do direito penal.

### VIII. BREVE PERSPECTIVA PARA O FUTURO: O CONCEITO DE CULPABILIDADE EM UM DIREITO PENAL PÓS-PREVENTIVO

Apesar dos mencionados esforços de revisão do atual paradigma de homem livre, provavelmente os recentes desafios postos por uma neurociência marcada pelo determinismo não alterarão substantivamente nem o direito penal nem a práxis do sistema de justiça criminal. É possível que esta controvérsia esgote-se por si só, sem que, ao final, seja possível determinar qual dos dois lados da disputa trinfou do ponto de vista argumentativo. Na realidade, o direito penal da atualidade encontra-se em um acelerado processo de transformação que, porém, nada tem que ver com argumentos neurocientíficos, ocorrendo, pelo contrário, por conta de exigências político-criminais por segurança. Nesta perspectiva, o conceito jurídico-penal de culpabilidade vem se tornando absolutamente obsoleto, pois o delinquente vem sendo considerado por sua periculosidade perante os interesses de uma maioria que goza de amplas liberdades econômicas.

O combate legislativo à criminalidade organizada e à criminalidade econômica, bem como a luta contra graves delitos sexuais e contra o terrorismo internacional, acabou deslocando o equilíbrio existente entre liberdade e segurança, típico de um Estado de direito, dando clara preponderância a este último lado da balança. O direito penal ainda desempenha um papel secundário na arquitetura nacional (e cada vez mais global) de segurança, arquitetura esta que, além dele, toma como peças centrais tanto o uso de aparatos militares e de inteligência como o de mecanismos de prevenção policial.<sup>42</sup> Alguns exemplos disso podem ser vistos: no emprego de instrumentos de espionagem e de inteligência nos procedimentos de persecução

...

<sup>41</sup> Ver, por exemplo, PLATÃO. Gorgias. 482d ss. In: \_\_\_\_\_. *Sämtliche Werke*. Organizado por Karlheinz von Hülser. Frankfurt am Main, 1991. V. II, p. 287 ss.

<sup>42</sup> Sobre isso, GÜNTHER, Klaus. World citizens between freedom and security. *Constellations — An International Journal of Critical and Democratic Theory*, n. 12, p. 379 ss, 2005 [há tradução para o português publicada



penal (agentes disfarçados e agentes infiltrados,\* pequenas e grandes escutas ambientais e gravações telefônicas); na cooperação entre funcionários do Ministério Público, da polícia, dos tribunais superiores e da defesa militar, conjuntamente com esforços transnacionais em nível intergovernamental; na criminalização de perigos meramente abstratos, incidindo já em um momento prévio à efetiva lesão de um bem-jurídico (e verificável, por exemplo, nos §§ 129a e 129b do Código Penal alemão); na ampliação do uso de prisões provisórias, bem como na nova possibilidade de sua aplicação retroativa. Neste contexto, o direito penal limitado pelo princípio da culpabilidade, típico do *Welfare State*, orientado à prevenção, torna-se, então, um direito penal pós-preventivo exclusivamente voltado à garantia de segurança e à proteção global do sistema.<sup>43</sup> Esse direito penal pós-preventivo retira os delinquentes da práxis cotidiana de presunção de capacidades de compreensão e autocontrole, capaz de ser refutada em casos excepcionais. A determinação diferencial entre o comportamento normal e o anormal torna-se obsoleta, pois o combate a perigos intervém *muito antes* de que ela possa ser feita. O direito penal de outrora podia deixar para a maioria dos destinatários da norma e para suas capacidades a tarefa de se preocuparem com a observância média da ordem jurídica. Neste contexto, se ocorresse uma lesão a um bem-jurídico, a seu autor seria atribuída, mediante razões e a pretensão de validade do direito, uma idoneidade para ser destinatário de normas. Se o destinatário dessa atribuição não pudesse refutá-la com base em uma razão excepcional, então o direito penal poderia acusá-lo – em nome de uma coletividade “normal”, na qual o próprio delinquente estaria inserido – de que, em razão de suas capacidades de compreensão e de autocontrole, ele poderia ter agido de modo diverso ao que agiu, comportando-se da forma que todos esperam uns dos outros. No lugar deste modelo, vem ganhando espaço a luta preventiva contra comportamentos perigosos. Trata-se, agora, de procurar, com base em uma perspectiva *ex ante*, o momento mais embrionário no qual se pode intervir de modo a obstaculizar um mecanismo de causa e efeito apto a, com alguma probabilidade, gerar algum dano. Neste contexto, não importa mais se aqueles que se envolveram nesse mecanismo agiram ou não de maneira culpável – nesse momento, já seria muito tarde para evitar o dano. Para se garantir segurança, é necessária uma intervenção mais preventiva –

...

como “Cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança” na *Revista Novos Estudos*, n. 83, p. 11-25, 2009]; ver também FRANKERBERG, Günter. Kritik des Bekämpfungsrechts. *Kritische Justiz*, p. 370 ss, 2005.

- \* N.T.: o termo utilizado é “*V-Leute*”, passível de tradução literal pela expressão “pessoas-V”. Trata-se da sigla para “*Verbindungs-Person*” (“pessoas conectadas”, “pessoas que fazem a conexão”) ou “*Vertrauens-Person*” (“pessoas nas quais se confia”), termos que se referem a pessoas de um serviço de inteligência infiltradas e disfarçadas para agirem como informantes. Optamos pela expressão “agentes infiltrados”, em vista de melhor evidenciar este papel.

<sup>43</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht*. 3. ed. Munique, 2005. § 6D.

mediante, por exemplo, de um agente disfarçado que, como *agent provocateur* em um experimento, testa se determinada pessoa pode ser vista como uma fonte relevante de perigo, ou por meio de um especialista em tortura que, empregando fatores causalmente estimulantes, põe sob pressão alguém tido como fonte de informação, a fim de evitar a ocorrência de danos ameaçadores. Quando os seres humanos são tomados somente como potenciais fontes de perigo sujeitas à vigilância estatal, interessam apenas aquelas circunstâncias determinadoras de comportamento, das quais podemos extrair algum prognóstico acerca de potenciais danos. É esta a lógica da prisão preventiva. Ela se baseia não mais na capacidade natural de compreensão e de autocontrole das pessoas – cujo uso equivocado é imputado também como erro pessoal –, mas sim em indicadores que, para além das acima mencionadas capacidades, reconhecem – ou talvez apenas presumam – disposições comportamentais portadoras de perigo. O indivíduo perigoso é tomado, assim, como mero complexo de conexões perigosas, no qual o Estado intervém por meio de contrafatores causais, quando não por meio do simples encarceramento em nome da proteção da coletividade contra futuros atos criminosos. Esse processo não é conduzido unicamente pelo Estado, o sendo também por uma ampla maioria que acredita ter seu modo de vida livre ameaçado por indivíduos e organizações perigosas.

Jakobs chamou essa despersonalização dos delinquentes (potenciais) de “direito penal do inimigo”.<sup>44</sup> Ao contrário do que ocorre no direito penal do cidadão, que toma o delinquente como pessoa, o inimigo seria interceptado já em um estágio prévio à lesão de um bem jurídico e combatido em razão de sua periculosidade.<sup>45</sup> A qualidade de pessoa, de que dispõe todo cidadão, consiste precisamente no fato de que dele é normativamente esperado um comportamento orientado pelo código lícito/ilícito, e que essa expectativa é também cognitivamente garantida, na medida em que, no geral, ele se comporta em conformidade com ela. Neste contexto, a lesão individual de uma norma aparece apenas como erro – imputável a título de culpa.<sup>46</sup> Estes são, em resumo, os componentes fáticos e normativos da presunção de normalidade, já acima mencionados, e que estão na base do conceito jurídico-penal de

...

<sup>44</sup> JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. In: HSU, Yiu-hsiu (Org.). *Foundations and limits of criminal law and criminal procedure*, o.O, 2003. p. 41 ss (reimpresso em HRRS, 2004, Caderno 3. p. 88 ss. Disponível em: <www.hrr-strafrecht.de>.) [Há tradução para o português publicada na coletânea JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007]. Aqui interessa apenas o diagnóstico de Jakobs acerca de um direito penal do inimigo, e não a controvérsia, iniciada por suas manifestações, sobre se esta figura não seria, a princípio, “pejorativa”. Em outras palavras, aqui não interessa a pergunta sobre se o direito penal do inimigo não seria também uma teoria justificadora e legitimadora.

<sup>45</sup> Idem, p. 53.

<sup>46</sup> Idem, p. 50.

culpabilidade. Ao inimigo são negados tais componentes, posto que ele não é reconhecido como pessoa livre.

Ao final deste percurso, pode parecer surpresa o fato de que os neurocientistas, com suas exigências político-criminais de abolição do conceito de culpabilidade, acabaram dando suporte para a transformação de um direito penal do cidadão em um direito penal do inimigo.<sup>47</sup> Cada qual a partir de uma perspectiva diferente, tanto a revisão neurocientífica do paradigma de homem livre quanto a moderna política criminal de segurança acabaram chegando ao mesmo resultado: o delinquente não deveria mais ser tomado como uma pessoa dotada de liberdade e de capacidade de compreensão e autocontrole, mas sim deveria ser visto como um feixe de causas e efeitos sobre o qual o próprio Estado deveria intervir causalmente, em vista de alcançar determinados fins. Diante do exposto, constitui uma trágica ironia, pouco explorada pela neurociência, o fato de que seus representantes aceitem de forma tão submissa este resultado e o defendam em nome de uma forma mais humana de lidar com aqueles que cometeram uma infração penal.

*Klaus Günther*

PROFESSOR DE TEORIA DO DIREITO E DIREITO PENAL NA  
GOETHE-UNIVERSITÄT, EM FRANKFURT, ALEMANHA.

*k.guenther@jur.uni-frankfurt.de*

• • •

<sup>47</sup> Sobre este paralelo, ver LÜDERSEN, Klaus. In: \_\_\_\_\_. *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Op. cit., p. 405 ss.